



Stellungnahme des

Marburger Bund Bundesverbandes

zu dem

Referentenentwurf des Bundesministeriums für

Gesundheit

zu dem

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des

Infektionsschutzgesetzes

Reinhardtstraße 36
10117 Berlin
Telefon 030 746846-0
Telefax 030 746846-16
bundesverband@marburger-bund.de
www.marburger-bund.de

Berlin, 20. Juli 2022

Grundsätzliche Anmerkungen

Der Marburger Bund bedankt sich für die Möglichkeit, in einer der Thematik angemessen ausreichenden Frist zu dem Referentenentwurf eines „Triage-Gesetzes“ Stellung nehmen zu können.

Die 139. Hauptversammlung des Marburger Bundes hat bereits am 21./22.05.2022 in ihrem Beschluss Nr. 4 „Vereinbarkeit des „Triage-Gesetzes“ mit ärztlichen und ethischen Grundwerten sicherstellen“ Forderungen an den Gesetzgeber zur Umsetzung des Bundesverfassungsgerichtsbeschlusses vom 16.12.2022 zu Az. 1 BvR 1541/20 entwickelt.

Einige davon sind in dem Referentenentwurf berücksichtigt, wie etwa die Aufnahme der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ als positives Auswahlkriterium bei der Zuteilung nicht ausreichender intensivmedizinischer Ressourcen.

Auch ist zu begrüßen, dass in der Begründung zum Allgemeinen Teil unter I. klargestellt und betont wird, dass die Letztentscheidung und -verantwortung in der Akutsituation für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im Einzelfall aufgrund dessen Fachkompetenz und klinischer Erfahrung bei dem ärztlichen Personal liegt.

In der Begründung zu A. I. wird zudem klargestellt, dass eine Entscheidung zur priorisierten Allokation nach dem neuen § 5c IfSG voraussetzt, dass vorher alle materiellen und personellen Behandlungskapazitäten (über-)regional ausgeschöpft wurden. Dabei werden insbesondere organisatorische Maßnahmen wie die Verschiebung elektiver Eingriffe, strategische Verlegungen oder die Schaffung zusätzlicher räumlich-technischer Kapazitäten und die Organisation des notwendigen Personals genannt.

Insbesondere mit Blick auf den letztgenannten Punkt ist es dem Marburger Bund wichtig zu betonen, dass nicht nur die sachlichen, sondern insbesondere auch die personellen Kapazitäten in der stationären Versorgung begrenzt sind und nicht zusätzlich in einer Weise belastet werden dürfen, dass das angestrebte Ziel, Leben und Gesundheit von Patientinnen und Patienten mit Behinderungen wirkungsvoll zu schützen, in sein Gegenteil verkehrt würde. Die geplanten Maßnahmen der Aufnahme entsprechender Inhalte in die ärztliche Aus-, Fort- und Weiterbildung sind zwar geeignet, um mehr Fachwissen in diesem Bereich aufzubauen und die Ärzteschaft mit dem neuen Verfahren nach § 5c IfSG vertraut zu machen. Angesichts des durch die Pandemie noch verstärkten Personalmangels an Kliniken muss aber bei zusätzlichen Anforderungen wie einem komplizierten Mehraugenprinzip und umfangreichen Dokumentationspflichten auch eine entsprechende Entlastung durch mehr personelle Ressourcen an dieser Stelle erfolgen. Hinzu kommt, dass die Notwendigkeit der Triage erst entsteht, wenn die gleichen Probleme in vielen Kliniken bestehen und die Möglichkeiten, Patienten zu verlegen, ausgeschöpft sind. In einer solchen Situation ist die Belastung für das ärztliche Personal so hoch, dass jeder doppelte Einsatz von Fachärzten ebenso wie eine ausführliche Dokumentation der direkten Patientenversorgung Kapazitäten entzieht.

Die Hauptversammlung des Marburger Bundes hat in ihrem oben erwähnten Beschluss den Gesetzgeber auch um Berücksichtigung der Tatsache gebeten, dass eine Ressourcenverteilung nach Aufnahmezeitpunkt („first come first serve“) weder ethisch begründbar noch medizinisch sinnvoll ist, und ein kategorischer Ausschluss der „Triage bei Ex-post-Konkurrenz“ oder „Ex-post-Triage“ das ethisch-moralische Dilemma lediglich von den Intensivstationen in oder vor die Notaufnahmen der Kliniken verlagern würde. Leider findet sich in § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG eine Formulierung, die ohne weitere Begründung im „Besonderen Teil“ genau diese Ex-Post-Triage ausschließt. Eine ausführliche Stellungnahme erfolgt untenstehend bei der Bewertung der einzelnen Regelungen.

Wichtig ist, dass Ärztinnen und Ärzten den Handlungsspielraum haben, unter Würdigung des aktuellen Stands der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und Berücksichtigung berufsrechtlicher Vorgaben eine einzelfallbezogene Entscheidung zur priorisierten Allokation medizinischer Ressourcen zu treffen. Dabei ist es unabdingbar, dass Ärztinnen und Ärzte sich mit dieser Entscheidung keinen rechtlichen Risiken aussetzen, wozu im Folgenden noch ausgeführt wird.

Zu den Regelungen im Einzelnen

Art. 1 (Änderung des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen)

Zu Nummer 3 - Einfügung eines neuen § 5c IfSG

Verfahren im Falle pandemiebedingt nicht ausreichender überlebenswichtiger, intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten

In der Begründung im „Besonderen Teil“ werden zunächst die Voraussetzungen beschrieben, unter denen eine Zuteilungsentscheidung nach § 5c IfSG überhaupt in Frage kommt: Ausschöpfung der Behandlungskapazitäten, entsprechender Patientenwille, Indikation sowie Dringlichkeit der intensivmedizinischen Versorgung.

Hier stellt sich die Frage, ob diese Grundvoraussetzungen nicht auch nach der Wesentlichkeitslehre in den Gesetzestext selbst aufgenommen werden sollten, zumindest wie in der Organvermittlung das Merkmal der Dringlichkeit, da dieses, ebenso wie die klinische Erfolgsaussicht im Sinne des kurzfristigen Überlebens, selbst ein zulässiges Verteilungskriterium darstellt, auch wenn es grundsätzlich vor der Erfolgsaussicht rangieren muss und mit dieser stets in einem Spannungsfeld steht. Im Referentenentwurf selbst heißt es, allerdings nur in der Begründung, die nicht in Gesetzeskraft erwächst: „Auch setzt eine Zuteilungsentscheidung zwischen Patientinnen und Patienten voraus, dass diese eine intensivmedizinische Behandlung dringend benötigen. Erst wenn die Dringlichkeit [...] ärztlicherseits festgestellt worden ist, kann eine Zuteilungsentscheidung [...] überhaupt ergehen.“

Weiterhin befasst sich die Begründung mit den möglichen berufsrechtlichen Folgen von Verstößen gegen die Regelungen des § 5c Abs. 1 bis 4 IfSG, die bis hin zum Widerruf der Approbation nach § 5 Abs. Bundesärzteordnung reichen können.

In strafrechtlicher Hinsicht geht die Begründung des Referentenentwurfs davon aus, dass es auch bei Inkrafttreten des § 5c IfSG mit Blick auf die Bewertung von Zuteilungsentscheidungen in der Ex-ante-Triage bei den allgemeinen Regelungen, insbesondere den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision bleibt und bereits aus diesem Grund aufgrund rechtmäßigen Handelns bzw. Unterlassens eine Strafbarkeit ausscheidet.

Aus unserer Sicht gibt es jedoch für die betroffenen Ärztinnen und Ärzte hier keine abschließende Rechtssicherheit. Bis dato handelt jeder Arzt, der Lebensrettungspflichten gegenüber mehreren Personen hat und nicht allen gerecht werden kann, rechtmäßig, wenn er nur eine Person rettet. Dabei spielen seine Auswahlkriterien und Motive nach der Rechtsprechung bis dato keine Rolle. Eine bisher nicht diskutierte, aber jetzt im Schrifttum aufgeworfene Frage ist aber, ob sich die Beurteilung eines solchen Falles ändert, wenn allgemeine Regeln ex ante die Berücksichtigung bestimmter Kriterien – wie etwa Behinderung - als unzulässig einstufen. Eine Einschätzung lautet, dass die Annahme einer rechtfertigenden Pflichtenkollision dann weiter vertretbar ist, wenn Regelwerke, etwa von Fachgesellschaften, nur Empfehlungen aussprechen. Nicht klar zu prognostizieren sei allerdings, ob Staatsanwaltschaften und Gerichte dies auch so sehen würden.

Mit Inkrafttreten des § 5c IfSG wird zudem eine Regelung vorliegen, die nicht nur empfehlenden, sondern sogar normierenden Charakter hat. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass ein durch Gesetz zuvor als unzulässig markiertes Verhalten nicht mehr nach den bisherigen Grundsätzen gerechtfertigt sein kann (vgl. dazu Hörnle, Tatjana: Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, VerBlog, 2020/4/04; Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise, NJW 2020, 1400).

Angesichts dieser Erwägungen und der insgesamt seit Beginn der Pandemie umstrittenen Strafrechtsslage schlägt der Marburger Bund vor, auch gesetzlich klarzustellen, dass keine Strafbarkeit von Ärztinnen und Ärzten vorliegt, wenn sie möglicherweise in diesen extrem schwierigen Situationen bei einer Zuteilungsentscheidung von den in § 5c IfSG normierten Vorgaben abweichen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass beispielsweise die Aufzählung der unzulässigen Diskriminierungskriterien in § 5c Abs. 1 IfSG nicht abschließend ist und in der Begründung weitere Kriterien genannt werden, die auch geeignet sein sollen, einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zu begründen. Eine eindeutige Konkretisierung, an der sich Ärztinnen und Ärzte bei ihrer Zuteilungsentscheidung orientieren können, gibt es nicht.

Auch dürfen berufsrechtliche Vorgaben wie die der gewissenhaften Berufsausübung nicht zusätzlich noch mit dem scharfen Schwert des Strafrechts geahndet werden.

Ein reiner Hinweis auf die Meinung des Gesetzgebers zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit in der Begründung wie im vorliegenden Referentenentwurf birgt aber die Gefahr, dass sich Staatsanwaltschaften und Gerichte durch ihn nicht gebunden fühlen.

§ 5c Abs. 1 IfSG

Nach der Begründung wird das verfassungsrechtlich gebotene Benachteiligungsverbot bei der ärztlichen Entscheidung durch die Aufzählung von Negativkriterien aus Sicht des Gesetzgebers konkretisiert und damit das Risiko einer Diskriminierung reduziert. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre eine abschließende Aufzählung der Negativkriterien in Absatz 1 wünschenswert. Die exemplarische Erwähnung weiterer unzulässiger Diskriminierungskriterien wie das des Sars-CoV-2-Impfstatus hilft auch mit Blick auf mögliche Allokationsentscheidungen nach dem neuen § 5c IfSG außerhalb der aktuellen Pandemie nicht weiter.

Für den Begriff „pandemiebedingt“ ist aus unserer Sicht zu klären, ob auch eine epidemische Lage von nationaler Tragweite mit entsprechenden Engpässen bei den intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten das Verfahren nach § 5c IfSG auslösen können soll.

§ 5c Abs. 2 S. 1 – 3 IfSG

In Satz 1 normiert der Gesetzgeber die vom Bundesverfassungsgericht als einzig zulässiges Triagekriterium identifizierte „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ und stellt in der Begründung fest, dass dies auch die Gefahr einer – unbewussten - Stereotypisierung reduziere.

Gleichzeitig wird, ebenfalls zum Ausschluss einer stereotypen Annahme generell schlechterer Genesungsaussichten, in Satz 2 die Berücksichtigung bestehender Komorbiditäten eingeschränkt. Diese sollen nur dann in die Entscheidung einbezogen werden, wenn sie „aufgrund ihrer Schwere oder Kombination“ die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit „erheblich“ verringern. Die Ausfüllung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe im konkreten Einzelfall wird mangels Definition vollständig den Ärztinnen und Ärzten überlassen. Ergänzend soll durch einen Negativkatalog in Satz 3 den Behandlern „ein guter Orientierungsrahmen“ an die Hand gegeben werden.

Der Marburger Bund begrüßt, dass diese Regelung den Ärztinnen und Ärzten die notwendigen Entscheidungsspielräume belässt.

§ 5c Abs. 2 S. 4 IfSG

Mit diesem Satz wird ausdrücklich festgelegt, dass bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten nicht mehr zur Disposition stehen, so lange die Behandlung noch indiziert ist und dem Patientenwillen entspricht. Damit entscheidet sich der Gesetzgeber ausdrücklich gegen die Zulässigkeit der sogenannten Ex-Post-Triage.

Dieser Entschluss ist aus Sicht des Marburger Bundes nicht vertretbar. In extremen Zeiten einer Pandemie kann der Fall eintreten, dass alle Betten belegt sind, weil die Zahl Erkrankter schnell und stark zunimmt und zudem – in der aktuellen Pandemie – an COVID-19 Erkrankte auch längere Liegezeiten haben. Ärztinnen und Ärzten ist es dann nicht mehr möglich, nach dem Kriterium der kurzfristigen Überlebenschance auszuwählen, wer intensivmedizinisch behandelt wird. Ein Ausschluss der Ex-post-Triage würde dazu führen, dass neu

hinzukommende Patienten mit ebenfalls schwerwiegenden Erkrankungen, aber höherer kurzfristiger Überlebenschance als die „Bestandspatienten“ nicht intensivmedizinisch behandelt werden könnten.

Dieser „first come first serve“-Grundsatz wäre weder ethisch begründbar noch mit der Realität in deutschen Krankenhäusern vereinbar. Bereits in den Notaufnahmen muss die Entscheidung getroffen werden, ob ankommende Patienten aufgenommen und intensivmedizinisch behandelt werden. Nicht nur die Empfehlungen von DIVI et al. sowie die Orientierungshilfe der Bundesärztekammer, sondern auch die Richtlinien von Fachgesellschaften in der Schweiz, in Österreich und Italien weichen für den Triagefall von dem Grundsatz ab, dass im Konfliktfall das Wohl des gerade behandelten Einzelnen an erster Stelle steht („wer zuerst kommt, mahlt zuerst“). Es muss die Möglichkeit geben, beispielsweise einen Patienten, der auch nach langer Beatmungszeit nur noch geringe Überlebenschancen hat, palliativ zu behandeln, wenn ein neu hinzukommender mit besseren Chancen dessen Bett dringend zur nur kurzfristigen intensivmedizinischen Behandlung benötigt.

Sinnvoll wäre aus Sicht des Marburger Bundes im Pandemiefall eine regelmäßige Neubewertung der Fälle in Sinne einer konsequenten Verlaufstriage, wie sie beispielsweise die klinisch-ethischen Empfehlungen der DIVI vorsehen. Nach den Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Wissenschaften (SAMW) etwa ist mindestens alle 48 Stunden anhand einer detaillierten klinischen Kriterienliste zu prüfen, bei welchen Patienten ein Erfolg ihrer Intensivtherapie inzwischen unwahrscheinlich erscheint. In solchen Fällen sei die Intensivtherapie abubrechen, um den Platz für einen anderen Schwerstkranken mit besseren klinischen Erfolgsaussichten frei zu machen.

Es entspricht der Grundlogik von Notfallmedizin, dass man auf wechselnde Parameter reagieren muss. Die geplante gesetzliche Regelung würde Ärztinnen und Ärzte jedoch zwingen, Menschen mit schlechten Überlebenschancen weiter zu behandeln, während sie Menschen, denen sie aufgrund einer guten klinischen Erfolgsaussicht helfen könnten, im Stich lassen müssten.

Für die Behandelnden entstünde eine unbefriedigende und letztlich nicht verantwortbare Situation, möglicherweise auch mit Strahlkraft auf Situationen außerhalb von pandemischen Geschehen.

Viele Ärztinnen und Ärzte lehnen die Ex-post-Triage derzeit vor allem aufgrund der Tatsache ab, dass ein Behandlungsabbruch, der mit einem aktiven Tun verbunden ist, nach wie vor als rechtswidriges Handeln gewertet wird. Es besteht insofern Rechtsunsicherheit, als es auch hier bis dato keine spezielle gesetzliche Regelung gibt. Ärztinnen und Ärzten droht im Falle eines Behandlungsabbruchs im Sinne aktiven Tuns (z. B. Verlegung von der Intensivstation) bei Patienten, bei denen die Grundvoraussetzungen Indikation, Patientenwille und Dringlichkeit nach wie vor vorliegen, eine Anklage wegen Totschlags, obwohl es auch hier um eine Auswahlentscheidung in einer Situation geht, in der nicht alle gleichzeitig Bedürftigen gerettet werden können.

Aus unserer Sicht ist der Gesetzgeber in dem Sinne gefordert, dass der Behandlungsabbruch im Falle einer Triage als „Unterlassen“ und nicht als „Tun“ gewertet werden und ein Abwägen der Rettungspflichten unter Zugrundelegung bestimmter Kriterien grundsätzlich möglich sein sollte. Wenn es eine solche gesetzliche Regelung gäbe, würde dies auch die strafrechtliche Lage wesentlich verbessern. Sinnvoll wären hier, wenn möglich, auch prozedurale Absicherungen wie ein Mehr-Augen-Prinzip.

Im Falle einer Entscheidung zur Ex-Post-Triage wird das medizinische Personal derzeit neben der emotionalen Belastung einem Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt, das auch nicht dadurch gemildert wird, dass möglicherweise ein Entschuldigungsgrund zugebilligt werden kann. Mit § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG wird diese Situation noch manifestiert und die Verantwortung den Gerichten übertragen, deren Aufgabe eben nicht darin besteht, ethische Fragen zu lösen und verfassungsrechtlich bedeutsame elementare Regeln aufzustellen, sondern sie anzuwenden.

§ 5c Abs. 3 IfSG

Mit diesen Regelungen setzt der Referentenentwurf die Anregungen des Bundesverfassungsgerichtes zur prozeduralen Absicherung im Sinne eines Mehraugenprinzips um, das eine „unbewusste Stereotypisierung“ insbesondere körperlich oder geistig beeinträchtigter, gesundheitlich vorbelasteter oder älterer Patientinnen und Patienten verhindern und eine präventive Kontrollfunktion erfüllen sowie das Risiko von Fehlern und Missbrauch verhindern soll.

Die Problematik, dass vor Ort möglicherweise nicht ausreichend qualifiziertes Personal bereitstehen und das Verfahren für die Dringlichkeit der Entscheidung zu schwerfällig sein könnte, soll über verschiedene Abmilderungen wie die Möglichkeit der telemedizinischen Konsultation bei der Hinzuziehung des zweiten und dritten Facharztes mit Zusatzweiterbildung Intensivmedizin sowie der Person mit entsprechender Fachexpertise und die Möglichkeit des Verzichts auf Hinzuziehung dieser weiteren Person entschärft werden. Es stellt sich ohnehin die Frage, warum sich die Möglichkeit des telemedizinischen Austausches nur in der Begründung findet und nicht gesetzlich festgelegt wird.

Trotz dieser entlastenden Details darf bezweifelt werden, dass sich das Verfahren in der Realität der Intensivstationen in Deutschland angesichts der grundsätzlich knappen und durch die Pandemie noch angespannteren Personalsituation rechtssicher umsetzen lässt. Unabhängig davon, ob man ein Mehraugenprinzip oder alternativ wie in der Transplantationsmedizin ein festes Kollegialorgan beispielsweise auf Landesebene etabliert, erscheinen komplizierte prozedurale Vorgaben angesichts der Geschwindigkeit, mit der solche überlebenswichtigen Entscheidungen zur priorisierten Allokation medizinischer Entscheidungen getroffen werden müssen, schwer umsetzbar.

Zudem muss aus ärztlicher Sicht, aber auch im Interesse der Patienten die knappe Ressource „Arzt“ eher in der akuten Behandlungssituation eingesetzt werden als bei der Erfüllung komplexer Vorgaben eines Mehraugenprinzips einschließlich der Dokumentationspflichten.

Ergänzend wird angemerkt, dass § 5c Abs. 3 IfSG mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, die auch in der Begründung nicht ausreichend definiert werden, wie beispielsweise der Begriff „mehrjährig“.

Auch bei der Hinzuziehung einer weiteren Person im Sinne von § 5c Abs. 3 S. 4 IfSG ist sowohl unklar, wer die Person „mit entsprechender Fachexpertise“ sein kann, noch, was unter der Verpflichtung zur Berücksichtigung dieser Fachexpertise genau zu verstehen ist. Aus der Begründung ist zumindest ersichtlich, dass die geforderte Expertise auch ärztliche Vorbehandler haben können. Unklar bleibt, ob es auch der Hausarzt sein kann oder ein Spezialist für die spezielle Erkrankung bzw. Behinderung sein muss. Es wird auch nicht explizit geregelt, ob überhaupt ärztliche Expertise gefragt ist.

Im Gesetzestext selbst steht dazu nichts, wohl aber in der Begründung („Die fachliche Einschätzung dieser *ärztlichen* Person...“). Ohnehin stellt sich die Frage, wer das Vorhandensein der Fachexpertise nach welchen Kriterien beurteilt und wie in der Kürze der Zeit für jede fachliche Einschätzung im Einzelfall ein solcher Spezialist gewonnen werden soll. Angesichts dessen steht zu vermuten, dass bei entsprechender Dringlichkeit, die im Zweifel immer vorliegen dürfte, auf diese dritte bzw. bei einer vorherigen Mehrheitsentscheidung sogar vierte Meinung des eigentlichen Spezialisten nach § 5c Abs. 3 S. 5 IfSG verzichtet werden wird.

Auch aus diesem Grund besteht vor dem Hintergrund der Betonung des Schutzes von Menschen mit Behinderung oder Vorerkrankung durch die Grundaussage des § 5c IfSG eher die Gefahr einer umgekehrten Stereotypisierung in der Weise, dass in den Einzelfallentscheidungen der Ärztinnen und Ärzte zur priorisierten Allokation aus den negativen Zuteilungskriterien des § 5c Abs. 2 S. 2 und 3 IfSG unbewusst positive Kriterien im Sinne des § 5c Abs. 2 S. 1 IfSG werden in der Weise, dass Menschen mit einer Behinderung oder Vorerkrankung automatisch eher der Vorzug gegeben wird – auch, um in jedem Fall strafrechtlichen Folgen zu entgehen.